



Teletrabajo transfronterizo y Seguridad Social: conexión problemática*

CROSS-BORDER TELEWORKING AND SOCIAL SECURITY: PROBLEMATIC CONNECTION

Carlos García de Cortázar y Nebreda

Vicepresidente de la Asociación Española de Sanidad y Seguridad Social

cortazarmillan@yahoo.es  0000-0001-8985-3891

Recibido: 08.05.2024 Aceptado: 01.06.2024

RESUMEN

El autor examina las nuevas formas de trabajo, especialmente el teletrabajo transfronterizo, que se han desarrollado a partir de la epidemia del COVID. Recuerda la problemática de la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social para más de un millón y medio de fronterizos que tuvieron que reconvertirse en teletrabajadores. Explica cómo, en todo momento, se intentó que se mantuviera el statu quo en materia de Seguridad Social para evitar un caos administrativo que podría ser propiciado por el cambio sustancial de la situación de los extrabajadores fronterizos que hasta el advenimiento de la pandemia cotizaban en el Estado de empleo y que al pasar a ejercer como teletrabajadores desde su domicilio, podían quedar acogidos a la Seguridad Social del Estado de residencia. Se analiza asimismo el Acuerdo Marco relativo a la Aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) 883/2004. Finalmente presenta una serie de recomendaciones para evitar que el teletrabajo transfronterizo se ralentice como consecuencia de una aplicación demasiado conservadora de las normas de conflicto de la coordinación de la Seguridad Social por parte de los Estados y las Instituciones europeas.

ABSTRACT

The author examines the new forms of work, especially cross-border teleworking, which have developed since the COVID epidemic, and recalls the problem of determining the applicable legislation on Social Security, especially for more than a million and a half border workers who had to become teleworkers with the pandemic. He explains how at all times the authorities tried to maintain the status quo in the field of Social Security to avoid administrative chaos that could be caused by the substantial change in the situation of extra-border workers who until the advent of the Pandemic were contributing in the State of employment and that subsequently,

PALABRAS CLAVE

Teletrabajo
Estado competente
Estado de residencia
Covid
Acuerdo Marco relativo a la Aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento 883/2004

KEYWORDS

Telework
Competent State
State of residence
Covid
Framework Agreement on the application of Article 16 (1) of Regulation 883/2004

* El artículo no ha sido desarrollado al amparo de las actividades de un grupo de investigación.

to exercise as teleworkers from home, could be transferred to the Social Security of the State of residence. He also analyzes the Framework Agreement on the Application of article 16(1) of Regulation (EC) 883/2004. Finally, he presents a series of recommendations to prevent cross-border teleworking from slowing down as a result of an overly conservative application of the conflict rules of Social Security coordination by the States and the European Institutions.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO Y LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES
- III. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO Y REGLAMENTO ROMA 1
 - A. Teletrabajo transfronterizo y legislación nacional
- IV. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO Y ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE TELETRABAJO (AMET)
- V. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO, COVID Y SEGURIDAD SOCIAL
- VI. ACUERDO MARCO RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO (CE) 883/2004
 - A. Consideraciones Generales
 - B. Recomendaciones
- VII. CONCLUSIÓN
Bibliografía

*I was sent to steal her money
Take her rings and run
But I fell in love with the lady
Came away with none¹*

I. INTRODUCCIÓN

El científico y escritor Arthur C. Clark² afirmó en una conferencia que, en el futuro, un cirujano en un Continente podría operar a un paciente hospitalizado en otro Continente. Me imagino al lector un poco sorprendido ante esta obviedad que nada aporta al conocimiento actual.

Tiene razón. Quizás lo más importante me lo he llamado intencionadamente. Desvelemos el misterio. Esta declaración se realizó en el año 1964. Y ese es precisamente su mérito.

Ya en 1980, el ensayista Alvin Tofler en su obra *“La tercera Ola”* popularizó la idea de la “casa de campo electrónica” que “desplazaría literalmente millones de puestos de trabajo de las fábricas y oficinas al hogar”.

El término “teletrabajo” fue acuñado en 1976 por Jack Nilles³, ingeniero de la NASA que argumentaba que el problema de congestión que azotaba a las ciudades americanas

1. Tim Hardin: Fui a robarle el dinero / Y las joyas a la dama / Me enamoré por entero / Me marché sin nada (traducción del autor).

2. Es autor de múltiples relatos entre los que destaca *Cita con Rama*. Es también el guionista del film de Stanley Kubrik 2001 *Una Odisea del espacio*.

3. “The Telecommunications Transportation Tradeoff”.

podría resolverse descentralizando las actividades de oficina en centros más pequeños que se comunicaría a través de mensajeros humanos. La idea surgió como respuesta a la escasez de combustible que se produjo en Estados Unidos en 1973 por el embargo de petróleo decretado por los exportadores árabes a los países que apoyaban a Israel en la guerra de Yom Kipur. Nilles sostenía que “si uno de cada siete trabajadores no tuviera que desplazarse a su sitio de trabajo, Estados Unidos no tendría la necesidad de importar petróleo”.

El inicio de Internet puede remontarse al año 1969, cuando el Departamento de Defensa de los Estados Unidos desarrolló ARPANET, una red de ordenadores creada durante la Guerra Fría cuyo objetivo era eliminar la dependencia de un Ordenador Central y así hacer menos vulnerables las comunicaciones militares norteamericanas. Sin embargo, no puede hablarse realmente de Internet, tal como lo conocemos actualmente, hasta 1983 con la incorporación del protocolo CP/IP⁴ y posteriormente en 1989 con los nuevos recursos HTML, HTTP y el programa Web Browser ⁵.

La evolución de Internet y de la digitalización ha sembrado incertidumbre el futuro de los derechos sociales y ha planteado una serie de incógnitas sobre el mercado laboral, especialmente con el advenimiento de la Inteligencia Artificial.

En este sentido, comparto las reflexiones de Giuseppe Ludovico⁶: “contrariamente a lo que suele creerse, la relación entre el derecho laboral y el progreso tecnológico no constituye una novedad, habiendo representado la evolución tecnológica la principal premisa genética del derecho laboral si consideramos la primera revolución industrial, que generó las condiciones socioeconómicas de nacimiento del derecho laboral, como un momento de radical transformación tecnológica de los sistemas de producción. El progreso tecnológico ha representado el “eterno compañero de viaje” del Derecho del Trabajo, mientras que lo que ha cambiado a lo largo del tiempo ha sido la reacción a los repetidos cambios tecnológicos, que hasta los años sesenta fue sumamente positiva, ya que el progreso tecnológico constituía un fuerte factor de mejora de las condiciones de seguridad en el empleo (...) los mitos tradicionales del Derecho del Trabajo, empezaban a resquebrajarse debido a la capacidad del factor tecnológico de afectar a las coordenadas fundamentales del trabajo, como el tiempo, el lugar y el modo de ejecución de la prestación”.

II. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO Y LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

Nada mejor, a la hora de precisar lo que denominamos teletrabajo transfronterizo, que utilizar la definición contenida en el Acuerdo marco (al que nos referiremos más

4. TCP/IP es un conjunto de reglas estandarizadas que permiten a los equipos comunicarse en una red como Internet.

5. El HTTP define cómo se formatean y transmiten los mensajes y qué acciones deben tomar los servidores web y navegadores en respuesta a varios comandos. HTML es un lenguaje de programación que forma parte de la mayoría de las páginas web y aplicaciones en línea.

6. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Recensión de la obra de Giuseppe Ludovico: *Lavori agili e subordinazioni*”, e-Revista Internacional de la Protección Social, vol. 8, núm. 2, 2023, pp. 286-292.

adelante) relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual⁷: “toda actividad que pueda ejercerse desde cualquier lugar y que podría realizarse en los locales o en el domicilio del empleador y que se lleva a cabo en uno o varios Estados miembros distintos de aquel en el que están situados los locales o el domicilio del empresario, y que se basa en las tecnologías de la información para permanecer conectado con el entorno de trabajo del empleador o de la empresa, así como con los interesados/clientes, a fin de cumplir las tareas que el empleador o los clientes asignen al trabajador, en el caso de los trabajadores por cuenta propia”.

Antes de continuar, creo que ha llegado el momento de aclarar las razones que me han llevado a escribir este artículo. No pretendo presentar una serie de problemas (generales y/o concretos) y buscar soluciones mágicas al respecto. De ningún modo. Maestros tiene la Iglesia y yo, a pesar de mi edad proveya, no he llegado más que a monaguillo. Mi propósito más que doctrinal es simplemente divulgativo y tiene como objetivo abrir el apetito de los otros. Por eso me voy a limitar a plantear una serie de interrogantes muy abiertos que revuelan en mi cerebro y que me gustaría compartir. Vayamos al grano.

Como experto en Derecho Europeo me preocupa la conexión del teletrabajo transfronterizo con la libre circulación de trabajadores y con la Seguridad Social de los trabajadores que se desplazan en el territorio de la Unión. Nos encontramos en una época que se han incrementado geométricamente las migraciones físicas y también las virtuales. Estas últimas pueden plantear la necesidad de acomodar los ordenamientos nacionales y europeos al reto de la digitalización.

Para enmarcar el tema nada mejor que buscar un ejemplo virtual que podríamos denominar extremo y hasta excesivo para que nos ayude a seguir el *iter* narrativo. Soy consciente que podrían presentarse muchos otros supuestos menos dudosos y de más fácil solución. Lo admito. Sin embargo, como mi intención es estimular la reflexión y el debate me permito entrar en cierta desmesura. Actúo con ventaja.

Supongamos el caso de un trabajador de nacionalidad española que siempre ha residido en nuestro país y que teletrabaja como traductor para una empresa francesa, cuya sede social se encuentra en Toulouse. Nadie dudará de que es un teletrabajador, aunque podríamos presentar objeciones en relación con el calificativo transfronterizo aplicado al trabajador. En efecto, la persona no se desplaza de un país a otro ni existe movilidad personal interestatal. En cambio, sí que existe un traslado virtual de los resultados de una actividad. Por ello, parece difícil enmarcar a dicho trabajador dentro de la categoría de migrante en la acepción de la Real Academia como “persona que se traslada desde el lugar en que se habita a otro diferente”, lo que llevado al supuesto transfronterizo implicaría traslado de un Estado a otro. En cambio, siguiendo los postulados de la Real Academia que define el adjetivo transfronterizo en el sentido de “que opera por encima de las fronteras”, podríamos llegar a concluir que no es el trabajador el que es transfronterizo sino el servicio que presta dicho trabajador.

7. BOE núm. 185, de 4 de agosto de 2023, pp. 115367-115369.

Recordemos que cuando el legislador comunitario aprobó el Tratado de Roma⁸, estableciendo la libre circulación de trabajadores, en la inmensa mayoría de los casos el puesto de trabajo y el desarrollo de la actividad laboral coincidían con carácter general. Por ello, si se examina el artículo 48 del Tratado de Roma (actualmente artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁹) encontraremos dificultades para enmarcar al citado teletrabajador español en los presupuestos del referido precepto. En efecto, los elementos constitutivos de la libre circulación de los trabajadores se basan en el hecho de que exista una movilidad real transfronteriza, característica ésta que diferencia el trabajo de los migrantes y de los sedentarios. Para que no existan dudas, el artículo 49, al describir lo que se entiende como libre circulación de trabajadores, hace referencia a un escenario múltiple y progresivo que se articula a través de tres acciones determinadas:

- Desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros.
- Residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales.
- Permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.

Sin embargo, en una interpretación muy estricta del precepto comunitario, los teletrabajadores transfronterizos, al menos los propiamente puros, es decir aquellos que teletrabajan en un Estado para un empresario de otro Estado sin presencia material en la empresa o centro de trabajo trasfronterizo, podrían tener dificultades jurídicas para ser considerados trabajadores migrantes.

Como señala Miranda Boto¹⁰, “la libre circulación de trabajadores fue concebida en un mundo industrial de movimientos de personas y trabajos físicos. La mutación de los medios de producción derivada del avance de las tecnologías de la información ha hecho que surjan nuevas situaciones para las que la normativa no está preparada. Ya no se trata tanto de los derechos vinculados a la libre circulación como de las consecuencias sobre la ley aplicable que su ejercicio puede conllevar”.

Es comprensible que los padres fundadores de las Comunidades Europeas no pudieran adivinar los cambios tecnológicos que se avecinaban. Ahora bien, tampoco otras disposiciones mucho más actuales han mostrado aprecio alguno por las nuevas tecnologías aplicadas al mundo del trabajo. Así, el Reglamento (UE) 492/2011 del

8. Firmado en: Roma (Italia) el 25 de marzo de 1957. Entrada en vigor: 1 de enero de 1958.

9. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Protocolos Anexos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 (Diario Oficial de la Unión Europea, C 202/1, de 7 de junio de 2016).

10. Miranda Boto, J. M.: “La libre circulación tras (¿?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones”, *LABOS: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 1, 2022, pp. 47-69.

Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión¹¹ evita esta problemática. Baste con releer su artículo 1 que señala: “todo nacional de un Estado miembro, sea cual fuere su lugar de residencia, tendrá derecho a acceder a una actividad por cuenta ajena y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el empleo de los trabajadores nacionales de dicho Estado”. Sin embargo, en el teletrabajo transfronterizo la movilidad transnacional no opera obligatoriamente ni resulta imprescindible.

No dudo que pueden encontrarse soluciones asimilativas, alternativas o virtuales para superar esta supuesta incoherencia. Por supuesto podría afirmarse, y compraría esta consideración, que dado que nos encontramos con un trabajo virtual, también podría considerarse virtual el puesto de trabajo y hasta el Estado en el que se realizan las acciones virtuales. Lo que pretendo, simplemente, con estas reflexiones es incidir en la necesidad de revisar o de adaptar el Derecho del siglo XX para acomodarlo a las nuevas situaciones del siglo XXI.

III. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO Y REGLAMENTO ROMA 1

Con el propósito de examinar la determinación de la legislación laboral e indirectamente de Seguridad Social, podríamos acudir Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma 1¹²) y concretamente a su artículo 8 que establece: “En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”.

Y aquí surge una pregunta que ya no podemos evitar ¿Dónde se realiza un trabajo virtual?. Coincido con Carrascosa Bermejo¹³ cuando señala que “la mera presencia física del teletrabajador tecleando su portátil en un determinado lugar no lo convierte necesariamente en el lugar de trabajo”.

Conectemos el Convenio de Roma con el ejemplo que nos exponía Arthur C. Clark y que se citó al inicio de este artículo sobre una operación quirúrgica trasfronteriza. Para ello, me van a permitir un ejemplo inventado pero que puede ser real. En Francia (Nantes) un cirujano manipula los botones del robot Davinci que se encuentra en el Hospital La Paz. Un paciente es intervenido quirúrgicamente con éxito. Pues bien,

11. 27 de mayo de 2011, DOUE L 141/1.

12. DOUE núm. 177, de 4 de julio de 2008, pp.6-16.

13. Carrascosa Bermejo, D.: “Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 2, 2022, pp. 219-244.

la pregunta que podríamos formular es la siguiente: ¿Quién ha practicado la operación?. El robot o el programador. Vamos a aceptar que ha sido el cirujano. La siguiente pregunta resulta más compleja: ¿Dónde ha tenido lugar la operación? O todavía una cuestión más difícil de responder :¿Dónde se ha realizado el trabajo? Algunas personas podrían contestar que en Madrid desde Nantes. Es decir, puede existir una disociación espacial entre la actividad laboral y el resultado del trabajo o, lo que es lo mismo, un desacople entre una acción y sus consecuencias, un desajuste territorial entre causa y efecto entre trabajo y lugar de trabajo, una separación entre generación de frutos de trabajo y su materialización. En consecuencia, el postulado de que acción y lugar de trabajo son caras de la misma moneda física no puede aseverar con el teletrabajo. Por supuesto, esto no debería importar mucho en materia de Seguridad Social a nivel meramente nacional pero tiene una repercusión muy importante en los aspectos internacionales transfronterizos.

En este sentido, puedo extender a los teletrabajadores lo señalado por Contreras Hernández¹⁴ al referirse a los trabajadores desplazados transfronterizos: “ni las reglas conflictuales del Convenio de Roma 1 ni tampoco las legislaciones nacionales resultaban idóneas para responder a los problemas y desafíos relacionados con la ley aplicable al contrato de trabajo”. Y esto lo añado yo, ni para los desplazados ni para los teletrabajadores.

A. Teletrabajo transfronterizo y legislación nacional

Ya que hemos mencionado las legislaciones nacionales, evocando a Contreras Hernández, veamos la respuesta que ofrece nuestro ordenamiento nacional y, concretamente, en el artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social¹⁵ que establece: “estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional”.

Nos podíamos preguntar, aplicando una interpretación estricta de esta norma, si el teletrabajo o el trabajo a distancia quedarían comprendidos en el referido artículo. La respuesta nos la ofrece expresamente el referido precepto al añadir “y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes: a) Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo

14. Contreras Hernández, Ó.: “Desplazamiento de trabajadores y la revisión del Marco Legal Europeo: ¿el principio del fin del *dumping* social y la competencia desleal?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 69, 2021, pp. 601-650.

15. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.)

discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral” .

Pues bien, el trabajo a distancia o mejor dicho, los trabajadores a distancia estarían incluidos en el campo de aplicación personal del sistema de la Seguridad Social siempre que residieran en España. Lo que implica, a sensu contrario, que estarían excluidos los que residieran (españoles o no nacionales) en el extranjero. En consecuencia, tendríamos que acudir a la legislación internacional (Reglamentos 883/2004¹⁶ y 987/2009¹⁷ o convenios bilaterales de Seguridad Social) para poder admitir en nuestra Seguridad Social a los teletrabajadores transfronterizos (españoles o no nacionales) residentes en otro Estado cuyo empleador o empresa estuviera radicada en España. Cuando menos parece incongruente dada la vis atractiva de nuestro sistema de protección social .

Ahora bien, podríamos extender el supuesto anterior a los trabajadores transfronterizos (otra vez españoles y extranjeros) que desarrollan su actividad laboral en España pero son residentes fuera de nuestro territorio. Quizás, el legislador español, primigeniamente tan laboralista, debería proceder a una pequeña modificación para superar el carácter excesivamente territorialista de nuestra Seguridad Social que debe corregir determinados errores legislativos a través de la normativa internacional europea o bilateral.

Además, podría aprovecharse la modificación que se propone para, como señala Valdueza Blanco, introducir un cambio redaccional que sustituya la obsoleta referencia a “los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España” por “los extranjeros que se encuentren en situación de regularidad”, términos estos mucho más adecuados que los actualmente utilizados¹⁸.

IV. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO Y ACUERDO MARCO EUROPEO SOBRE TELETRABAJO (AMET)

En realidad, el teletrabajo ha sido una materia que ha suscitado el interés de los interlocutores sociales desde hace varias décadas. De hecho, debe recordarse el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET) que fue firmado el 16 de julio de 2002 por los interlocutores sociales europeos CES, UNICE, CEEP Y UEAPME¹⁹, muy denostado,

16. Texto consolidado: Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza) Texto pertinente a efectos del EEE: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/883/2019-07->

17. Texto consolidado: Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza)). ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/987/2018-01-01>.

18. Valdueza Blanco, M. D.: *La Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional (1981-2020)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

19. El texto en inglés se puede encontrar en el documento Brussels, 2.7.200SEC(2008) 2178. Commission staffworking paper report on the implementation of the European social partners' {COM(2008) 412 final}.

a mi entender injustamente por la doctrina española, por su falta de obligatoriedad normativa, pero que a los fanáticos del Derecho de la Unión nos parece de gran interés ya que se trata del primer acuerdo europeo establecido por los propios interlocutores sociales en base al artículo 139 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) ²⁰. Sin embargo, mi pesar, más que mi crítica a este instrumento, es que no existe referencia alguna al elemento transfronterizo. Bueno, no se puede pedir todo. Por ello, comparto la reflexión de Sierra Benítez²¹ cuando señala que “consideramos que es necesaria una regulación concreta (del teletrabajo) que comprenda todas las especialidades del trabajo a distancia”. Pues bien, sumándome a esta declaración propongo que en la futura revisión del Acuerdo Marco Europeo de Teletrabajo de 2002 (AMET) se incluya un apartado específico para el teletrabajo transnacional.

V. TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO, COVID Y SEGURIDAD SOCIAL

En las dos primeras décadas del siglo XXI el teletrabajo transfronterizo fue desarrollándose de forma sosegada y silenciosa. Los problemas en el ámbito de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social se resolvían de una manera consensuada sin demasiadas estridencias. Y de repente estalló la pandemia con el cierre de fronteras y limitaciones a la movilidad geográfica y se implantó el teletrabajo en aquellos sectores que por su estructura así lo permitían (*teleworkability*²²).

En efecto, muchos trabajadores, especialmente los fronterizos quedaron anclados en su Estado de residencia trabajando *on line* para sus empresarios o empresas ubicados en otro Estado. Pasaron de ser un migrante clásico a ser, en el mejor de los casos, un migrante virtual, o un trabajador sedentario que desarrollaba su actividad en su Estado de residencia. Inmediatamente surgió la pregunta. ¿Donde trabaja el extrabajador migrante fronterizo, reconvertido, en su mayor parte, en virtual? ¿En su antiguo puesto de trabajo situado en la empresa donde prestaba sus servicios o en su hogar en el Estado de residencia?

El debate estaba servido: Estado de conexión o Estado de recepción o lo que es lo mismo Estado desde donde se teclea el ordenador o Estado de donde emana el poder de dirección del empresario. De la decisión que se adoptase dependería la determinación de la legislación competente en materia de Seguridad Social por aplicación

20. Actualmente, artículo 155 TFUE: “El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos. 2. La aplicación de los acuerdos celebrados a nivel de la Unión se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea, en los ámbitos sujetos al artículo 153, y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión. Se informará al Parlamento Europeo. El Consejo decidirá por unanimidad cuando el acuerdo en cuestión contenga una o más disposiciones relativas a alguno de los ámbitos para los que se requiera la unanimidad en virtud del apartado 2 del artículo 153”.

21. Sierra Benítez, E. M.: “Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo: propuesta para un derecho del trabajo consistente (sólido, estable y duradero)”, *Ideides*, núm. 20.

22. Concepto utilizado por la Comisión Europea Science for policy briefs. *Telework in the EU before and after the COVID-19: where we were we head to*. The policy brief has been prepared by Santo Milasi, Ignacio González-Vázquez, and Enrique Fernández-Macías. It is part of a broader set of activities conducted by the COVID & Empl Working Group composed by researchers from the JRC, Eurofound, Cedefop and EU-OSHA.

del Título II del Reglamento 883/2004. Estado de empleo *versus* Estado de residencia o simplemente Estado de residencia y de empleo simultáneamente.

Esta dialéctica está muy acertadamente recogida por Pazó Argibay²³ cuando *señala que* “el trabajo desarrollado en régimen de teletrabajo debe considerarse realizado en el Estado de residencia del trabajador, desde donde este se conecta y desde donde utiliza los medios TIC para su desarrollo, o desde aquel otro Estado donde se ubica la empresa, desde donde se dan las indicaciones oportunas para la realización del trabajo, desde donde se organiza y se hace la recepción del mismo, en definitiva, desde donde el empresario ejerce su labor de supervisión y control”. Quizás la dificultad mayor que nos encontramos es que estamos utilizando conceptos físicos o territoriales que no cuadran con el teletrabajo *stricto sensu* en el que el espacio geográfico queda sustituido por un espacio virtual que se almacena o estaciona en la nube.

Remontémonos al pasado y rememoremos la epidemia del coronavirus y sus repercusiones en la Seguridad Social transfronteriza. Para conocer la magnitud del problema tenemos que cuantificar la problemática. Por aquel entonces se cifraba en más de un millón y medio los trabajadores fronterizos²⁴ que realizaban su actividad laboral en un Estado miembro y residían en otro. De repente las fronteras se bloquean y el teletrabajo se implanta como única salida para enfrentarse a una catástrofe sin precedente. Estos trabajadores fronterizos²⁵ o mejor dicho exfronterizos se encontraban en una situación novedosa y crítica. Ya no realizaban su actividad laboral en el Estado donde se encontraba su empresa sino que teletrabajaban en su Estado de Residencia. En realidad, hay que comprender que no era el momento para disquisiciones teóricas, como las que proponemos en el presente trabajo, sobre si el Estado competente a los efectos de la Seguridad Social debía ser el de residencia o el de la sede de la empresa ni sobre si la regla de conflicto *lex loci laboris* permitía aproximaciones virtuales. Por encima de todo había que mantener en lo posible el “*statu quo*” anterior a la pandemia para evitar un desastre administrativo con cientos de miles de asegurados que de la noche a la mañana debían trasladar su afiliación de un Estado (donde realizaban antes de la pandemia su actividad laboral) a otro Estado (el de residencia), con las consiguientes dificultades de gestión para trabajadores pero sobre todo para los empresarios y para las Entidades Gestoras.

En efecto, en una situación de emergencia, no resultaba factible que los empresarios, además del reto de supervivencia estructural al que tenían que enfrentarse, tuviesen que iniciar un proceso de desafiliación y nueva afiliación de sus trabajadores, adaptándose asimismo a las nuevas reglas de cálculo e ingreso de cotizaciones en un Estado y con unas Instituciones que le eran ajenas. Todo ello, sin contar con la

23. Pazó Argibay, J. M.: “Ley de Seguridad Social aplicable al teletrabajo transfronterizo. Una aproximación al Acuerdo Marco sobre Teletrabajo Transfronterizo en la UE, EEE y Suiza”, *Temas Laborales*, núm. 170, 2023, pp. 115-137.

24. Datos extraídos de la publicación *2019 Annual report on intra-EU labour mobility. Final report*, January 2020, European Commission. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion Directorate D –Labour Mobility Unit D1 – Free movement of workers, EURES.

25. Artículo 1, letra f del Reglamento 883/2004: «trabajador fronterizo»; toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana.

desprotección o demora en la protección de unos trabajadores que se verían abandonados precisamente en uno de los momentos más duros de su vida.

Lo que se pretendió por parte de las autoridades nacionales y de la Unión es que la situación en materia de Seguridad Social para los trabajadores, especialmente los fronterizos reconvertidos en teletrabajadores no quedara alterada y que no hubiese un cambio de Estado competente, manteniéndose la situación de antes de la pandemia.

Una solución ingeniosa que se barajó en su día fue la conversión de los referidos trabajadores fronterizos en desplazados, en una especie de ficción jurídica que quizás no fuera muy rigurosa pero que venía a ofrecer una solución práctica a la problemática descrita. Téngase en cuenta que en caso de aplicación escrupulosa del artículo 11, apartado 3, letra a) del Reglamento 883/2004 (“una persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro”) el cambio de Estado competente, sería un hecho irreversible. Pues bien, en una pirueta jurídica se planteó por algunos expertos que podría entenderse que el teletrabajador podría trasmutarse en trabajador desplazado, aplicándose el artículo 12 del Reglamento 883/2004 (desplazamiento de trabajadores). Con ello se mantendría la legislación del anterior Estado de empleo. Sin embargo, no prosperó esta tesis ya que se consideró que no había prestación real de servicios ni destinatario de servicios en el Estado miembro de origen. No obstante, acabada la pandemia, se procedió a una interpretación más extensa del artículo 12 del Reglamento 883/2004 y se admitieron algunos supuestos muy concretos que podrían enmarcarse en este precepto²⁶.

Como las instituciones nacionales afectadas divergían en relación con la decisión a adoptar y con el fin de unificar criterios, la Comisión Administrativa aprobó el 17 de junio de 2020 la Nota de orientación sobre la pandemia de COVID-19, completada con la Nota relativa a la interpretación de la aplicación del título II del Reglamento (CE) 883/2004 y de los artículos 67 y 70 del Reglamento (CE) 987/2009 durante la pandemia de COVID, que no fueron publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea, con objeto de permanecer flexible y ampliar los plazos a la vista del difícil contexto existente²⁷. Esta actuación se basó, en cuanto a su fundamentación, en el concepto

26. Un empleador tiene que cerrar algunas dependencias del edificio de oficinas para renovarlas. Se envía a su domicilio a toda la plantilla que trabaja en estas dependencias para que teletrabajen. El empleado solo puede seguir trabajando desde casa porque, por ejemplo, tiene que cuidar a hijos enfermos, familiares ancianos o hijos pequeños, o bien es la pareja de una persona que tiene que hacerlo (de lo contrario, este empleado tendría que acogerse, por ejemplo, a permisos remunerados o no remunerados y ya no estaría en condiciones de ejercer el trabajo, lo que es importante para el empleador). Un empleado se pone de acuerdo con el empleador en que teletrabaja durante las cuatro semanas siguientes para concentrarse mejor en un proyecto específico. Un empleado permanece en el lugar de vacaciones y empieza a teletrabajar allí durante un mes más antes de regresar a casa y reanudar su trabajo en la oficina.

27. Posteriormente se procedió a una recopilación de notas que fueron publicadas e conjuntamente en la Decisión H 14 de 21 de junio de 2023, nota C/2024/594 relativa a la publicación de la Nota de orientación sobre la pandemia de COVID-19, la Nota relativa a la UNICQA de la aplicación del título II del Reglamento (CE) 883/2004 y de los artículos 67 y 70 del Reglamento (CE) 987/2009 durante la pandemia de COVID-19, la Nota orientativa sobre el teletrabajo aplicable al período entre el 1 de julio de 2022 y el 30 de junio de 2023, y la Nota orientativa sobre el teletrabajo aplicable a partir del 1 de julio de 2023. DOUE de 11 de enero de 2024.

de fuerza mayor acuñado por el Tribunal de Justicia²⁸, según la cual puede invocarse esta figura jurídica si el incumplimiento de las obligaciones legales es el resultado de circunstancias ajenas, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse a pesar de haber actuado con toda la diligencia. Por tanto, para evitar la catástrofe administrativa que se podría originar, se recomendó que el teletrabajo en el Estado miembro de residencia como consecuencia de la pandemia, no diera lugar a un cambio de la legislación aplicable.

Indirectamente, al aplicar la sentencia Perrota se estaba presuponiendo y dando por sentado que los trabajadores fronterizos reconvertidos en teletrabajadores debían teóricamente estar afiliados y cotizar en su Estado de residencia y no en el de Empleo en el que prestaban sus servicios con anterioridad a la pandemia de coronavirus. Lo que se hace, por tanto, es derogar la norma general ante la *force majeure*.

La Comisión Administrativa acordó que, a partir del 1 de julio de 2022, ya no había motivos de fuerza mayor. Por ello, en junio de 2022, se adoptó una nota de orientación sobre el teletrabajo, decidiéndose recomendar un período de transición durante el cual no se produciría ningún cambio en la legislación aplicable. Este período transitorio, cuya vigencia en un principio se estableció hasta el 31 de diciembre de 2022, se prorrogó hasta el 30 de junio de 2023. Al mismo tiempo, fue creado, durante el período transitorio, un grupo *ad hoc* para examinar la cuestión del teletrabajo y debatir más a fondo, entre otras cosas, la interpretación de los artículos 12, 13 y 16 del Reglamento (CE) 883/2004. En junio de 2023, la Comisión Administrativa adoptó una nueva Nota orientativa sobre el teletrabajo aplicable a partir del 1 de julio de 2023²⁹.

VI. ACUERDO MARCO RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO (CE) 883/2004

Terminada la epidemia del coronavirus y recuperada la normalidad, se constató que el teletrabajo transfronterizo había sufrido un incremento geométrico cuyas repercusiones en el ámbito de la Seguridad Social debían ser consideradas y reguladas. Ahora bien, si se retornaba a la aplicación estricta del Título II del Reglamento 883/2004 se debía proceder a un cambio sustantivo del Estado Competente que pasaría a ser, en muchos casos, el de residencia.

Probablemente, para evitar un conflicto que perjudicase a trabajadores y empleadores y de paso ralentizase el teletrabajo como modalidad laboral de futuro, se adoptó el Acuerdo Marco³⁰ relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) 883/2004³¹ en los casos de teletrabajo a transfronterizo habitual que ha sido suscrito por más de 20 Estados de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo.

28. STJUE de 13 de julio de 1995, C-391/93, Umberto Perrota (ECLI:EU:C:1995:240).

29. Ver nota 27.

30. Una información detallada del Acuerdo Marco se puede encontrar en el magnífico artículo de José Manuel Pazó Argibay, ver nota 23.

31. BOE núm. 185, de 4 de agosto de 2023, pp. 115367-115369.

El campo subjetivo de dicho Acuerdo comprendería a aquellos teletrabajadores por cuenta ajena (los trabajadores autónomos no están incluidos) que, realizan su actividad virtual en su Estado de residencia en la franja entre el 25 % (menos de este porcentaje implicaría la aplicación de la Seguridad Social automáticamente del Estado de empleo) y el 50 %. Por encima de este umbral, el Estado de residencia es el competente. La base jurídica utilizada fue el artículo 16.1 del Reglamento 883/2004³².

La Comisión Administrativa, con la adopción de este Acuerdo Marco buscó una posición intermedia entre los diferentes Estados Miembros, ofreciendo la voluntariedad en la aplicación del mismo que es el elemento esencial del artículo 16 del Reglamento 883/2004, a la espera de que el grupo ad hoc creado para regular el teletrabajo y cuya vigencia expirará el 31 de diciembre de 2024, pueda ofrecer criterios comunes, esperemos que claros, sobre esta materia.

En la base del Acuerdo subyace la tesis clásica de que la *lex loci laboris* supone que, en los supuestos del teletrabajo puro, es decir aquel que se realizaba totalmente de forma no presencial, el Estado competente era el de residencia que a su vez debe ser considerado simultáneamente como el de empleo porque la actividad digital se realizaba en dicho Estado.

Realmente, después de la pandemia, el teletrabajo puro se redujo de manera considerable y dio paso a lo que denominaríamos teletrabajo híbrido, es decir aquel que combina trabajo en remoto o a distancia y presencial. Y es esta forma la que se ha popularizado (2/3 días teletrabajo, 2/3 días presencia física en el puesto de trabajo o en la empresa). Y aquí surge la duda metódica por la aplicación endiablada del Reglamento 883/2004 que establece una regulación específica³³ cuando se ejerza una actividad en dos o más Estados Miembros (en el supuesto del teletrabajo, el virtual en el Estado de residencia y el real en el Estado de empleo). A este respecto no creo que el legislador europeo se plantease esta situación en la que convivieran trabajo virtual y trabajo presencial pero el experto en Derecho de la Unión y especialmente la Comisión Europea, es un maestro en utilizar la fantasía para buscar subterfugios que permitan el mantenimiento de un statu quo, aunque sea ficticio, hasta que el Tribunal de Justicia dicte una sentencia que le obligue a actuar de manera decisiva.

En consecuencia, y en base a la interpretación³⁴ que se hace del artículo 13 del Reglamento 883/2004 (ejercicio de una actividad en más de dos Estados Miembros), una persona que trabaja en el Estado miembro de residencia al menos el 25 % de su jornada laboral u obtiene en él al menos el 25 % de su remuneración, debería estar afiliada en el referido Estado de residencia. Pues bien, si aplicáramos esta interpretación, asimilando el trabajo virtual al presencial y con el umbral del 25 %, muchos de los teletrabajadores transfronterizos deberían pasar a depender, en materia de

32. Dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros o los organismos designados por dichas autoridades podrán prever de común acuerdo, y en beneficio de determinadas personas o categorías de personas, excepciones a los artículos 11-15.

33. Artículo 13 del Reglamento 883/2004.

34. Ver Comisión Europea: *Guía práctica sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza*. Social Europe..

Seguridad Social, al Estado de residencia, lo que originaría múltiples problemas a los asalariados y, sobre todo a los empresarios, que deberían cotizar en virtud de una legislación en un Estado que no es el suyo. El resultado sería previsible: al ser el teletrabajo voluntario y consensuado entre trabajadores y empleadores, los empresarios decidirían, quizás en un gran número, prescindir de esta forma de trabajo o lo limitarían de manera que no se superase el referido umbral del 25 % para mantener la Seguridad Social del Estado de empleo.

Resulta fácil criticar el Acuerdo Marco desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, debe reconocerse que los propios autores del mismo eran conscientes de que había que dar una respuesta aunque fuera provisional a una problemática real, de fondo, como es la determinación del Estado competente en el caso del teletrabajo transfronterizo con las herramientas con las que se contaba. A este respecto, nadie puede dudar de que se trata de un parche o remiendo para evitar que las diferencias de criterio entre los Estados Miembros creasen un caos administrativo en las que cada Estado mantuviese una opinión propia. Téngase en cuenta que la aplicación de un Reglamento, por su propia esencia, no puede dar lugar a interpretaciones distintas y encontradas sobre un mismo tema.

Valga esta aclaración, como reconocimiento previo a los autores de este Acuerdo por el esfuerzo realizado por el que se ha priorizado la acción a la omisión. Y este siempre es de agradecer porque es un signo de valentía. Sin embargo, no puede obviarse una reflexión, que no crítica que se resume en los siguientes puntos que, probablemente serían compartidos por muchos de los redactores del Acuerdo:

- Se establece un precedente peligroso de geometría variable en la que se privilegia a unos colectivos concretos (los teletrabajadores) que podrían optar entre la legislación de su Estado de residencia y la del Estado de empleo mientras que otros trabajadores con un trabajo más clásico que realicen su actividad laboral (no teletrabajo) en más del 25 % en su Estado de residencia no podrían acogerse a la legislación del Estado de Empleo. Además, al tratarse de un Instrumento jurídico abierto a la ratificación de los Estados Miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo no se aplicará a todos los trabajadores de ese colectivo (solo los que su residencia se encuentre en un Estado signatario y la sede o el domicilio de la empresa o empleador esté situado en otro Estado signatario). Me adhiero a lo señalado por Felten³⁵ sobre el inicio o desarrollo de una Europa a dos velocidades o con velocidades variables.
- Introduce, *a sensu contrario*, la presunción "*iuris tantum*" que el teletrabajo ejecutado en un más del 50 % en el Estado de residencia implica la aplicación automática de la regla de conflicto *ius loci laboris*, lo que va a condicionar el futuro del debate sobre el Estado competente en el teletrabajo.

35. Felten, E.: "Cross-border telework", presentado en Bruselas en la conferencia anual de Moves el 30 de noviembre de 2023.

- Se utiliza una excepción, jurídicamente en teoría correcta, el artículo 16 del Reglamento 883/2004 como fundamento legal, cuya articulación no estaba prevista para estas situaciones. Además, si bien estaba justificada durante la pandemia la derogación de algunos preceptos del propio Reglamento (legislación aplicable), la *force majeure* no es aplicable a una etapa, como la actual, de normalidad.
- Apoyo nuevamente a Felten en el sentido de que no existe una justificación legal proporcionada para la adopción de una excepción que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia, debe ser siempre restrictiva. Bien es verdad que uno de los propósitos de este Acuerdo, si no el más importante, es facilitar a los empresarios las gestiones administrativas en el ámbito de la Seguridad Social para evitar que, en algunos casos, se ponga fin al teletrabajo. Sin embargo, ¿es esta una justificación legal? Claro está que puede argumentarse que es un procedimiento voluntario instado por los propios trabajadores. Ahora bien, esta opción no es totalmente libre ya que subyace el peligro, si los trabajadores no se acogiesen a esta fórmula, de que los empleadores decidiesen eliminar el teletrabajo o bien recortarlo a un día a la semana (20 % de la actividad laboral en el Estado de residencia). No puede excluirse una cierta presión empresarial.
- Indirectamente este Acuerdo Marco se está basando en la sentencia recaída en el asunto Format³⁶ que en su considerando 32 señala: “en determinadas situaciones particulares, existe el riesgo de que la aplicación pura y simple de la regla general contemplada en el artículo 13, apartado 2, letra a), de este Reglamento no evite, sino, al contrario, origine, tanto para el trabajador como para el empresario y los organismos de Seguridad Social, complicaciones administrativas que podrían tener como efecto obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de las personas a quienes se aplica dicho Reglamento”.

Pues bien, pasar de una situación particular a una general que afecta a miles de trabajadores es un peligro que puede afectar a la propia esencia del Reglamento. Además, no creo que este Acuerdo esté eliminando algunos obstáculos a la libre circulación de trabajadores, sino más bien, como mucho, a una forma de libre circulación de trabajadores.

Por el contrario, una regla clara sobre la Seguridad Social de los teletrabajadores podría potenciar la libre circulación.

De todos modos, suscribo lo dicho por Pauw y Verschueren³⁷: “la Comisión Administrativa ha vuelto a desempeñar un papel clave en la seguridad social transfronteriza, respondiendo a las necesidades de las partes interesadas y ofreciendo seguridad jurídica en una situación en la que el legislador europeo no fue capaz de reaccionar con suficiente rapidez”.

36. STJUE de 4 de octubre de 2012, C-115/11, Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe (ECLI:EU:C:2012:606). STJUE de 20 de mayo de 2021, C-879/19, FORMAT Urządzenia i Montaż Przemysłowe (ECLI:EU:C:2021:409).

37. De Pauw, B. y Verschueren, H.: “The Framework Agreement on the Applicable Social Security Law in case of habitual cross-border telework after the pandemic”, *ERA Forum*, 2023, 24:467-480. <https://doi.org/10.1007/s12027-023-00766-5>.

A. Consideraciones generales

Para algunos expertos, el teletrabajo no se diferencia, a la hora de determinar la legislación y el Estado competente, del trabajo presencial, por lo que serían de aplicación los artículos 11, 12 y 13 del Reglamento 883/2004, sin que sea necesario una modificación o interpretación especial de los referidos preceptos. Teclear en el ordenador personal es una actividad laboral como cualquier otra y el hogar es un puesto de trabajo similar al ubicado en cualquier empresa clásica. Que los resultados de este trabajo se transmitan digitalmente no modifica la esencia de la *lex loci laboris* por lo que el Título II del Reglamento sería aplicable sin especificidades al trabajo en remoto.

Para apoyar esta tesis se cita al Tribunal de Justicia y concretamente a la sentencia recaída en el asunto Partena³⁸ que establece en sus considerandos:

- “El concepto de «lugar de ejercicio» de una actividad no depende de las legislaciones de los Estados miembros, sino del Derecho de la Unión y, por ende, de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia.
- En efecto, si este concepto dependiera también de las legislaciones de los Estados miembros, el criterio que articula podría ser objeto de definiciones o interpretaciones contradictorias por parte de éstos y, con respecto a una persona determinada, dar lugar a la aplicación acumulativa de varias legislaciones a una misma actividad. Pues bien, tal acumulación entrañaría el riesgo de hacer recaer en el interesado una doble cotización a la Seguridad Social por los mismos rendimientos y penalizaría al trabajador que ha ejercido su derecho a la libre circulación consagrado por el Derecho de la Unión, lo que sería manifiestamente contrario a los objetivos del Reglamento 1408/71.
- A efectos de la interpretación del concepto de «lugar de ejercicio» como concepto del Derecho de la Unión, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, la determinación del significado y del alcance de los términos no definidos por el Derecho de la Unión debe efectuarse conforme al sentido habitual de éstos en el lenguaje corriente, teniendo en cuenta el contexto en el que se utilizan y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forman parte (véase, en particular, la sentencia de 10 de marzo de 2005, *easyCar*, C-336/03).
- A este respecto, debe entenderse, conforme al sentido propio de los términos utilizados, que el concepto de «lugar de ejercicio» de una actividad designa el lugar concreto en el que la persona de que se trata realiza los actos relacionados con esa actividad”.

No estoy disconforme en absoluto con lo establecido en este fallo jurisdiccional sino en el hecho de que se pretenda extender su contenido al teletrabajo que, por

38. STJUE de 27 de septiembre de 2012, C-137/11, *Partena ASB* (ECLI:EU:C:2012:593).

supuesto no era, en absoluto, el objeto de la cuestión prejudicial presentada. De hecho, por no repetir los argumentos que se han desglosado en párrafos precedentes, me sumo a lo escrito por Carrascosa Bermejo³⁹ cuando señalaba que “parece posible argumentar que la *lex loci laboris* no es el lugar donde se realiza el teletrabajo, sino el lugar en el que la empresa para la que se trabaja tiene su sede, desde donde ejerce su poder de dirección y le dan instrucciones, se hace el seguimiento de su trabajo, se paga el salario, se proporcionan los medios y finalmente se recibe el resultado de su trabajo. Se ha señalado que aplicar esta conexión, la del lugar donde se ubica la sede de la empleadora, precisaría de un cambio normativo y sería, en realidad, una nueva norma de conflicto con una conexión que aludiría a un lugar de trabajo ficticio. No sería la primera vez que esto ocurre, los Reglamentos en un intento de mantener estable la legislación de Seguridad Social de trabajadores con mucha movilidad vienen identificando una conexión ficticia para ellos: como la ley del pabellón, para trabajadores del mar, la de la base (*home base*) para los trabajadores aéreos, o la ley de la administración que ocupa y de la que depende un funcionario. Sin embargo, a mi modo de ver, creo que podría entenderse como una mera reinterpretación actualizada de la conexión genérica de la *lex loci laboris* respecto del trabajo virtual (...). De hecho, en el caso del trabajo presencial, la *lex loci laboris* significa tanto el lugar donde la persona trabaja como el lugar donde la empresa tiene sus oficinas”.

Respeto mucho la sentencia recaída en el asunto Partena pero me parece mucho más interesante, en relación con el teletrabajo, las conclusiones del Abogado General en el asunto X contra Staatssecretaris van Financiën⁴⁰ que establecía: “Conviene señalar que una de las ventajas –o, para algunos, una maldición– de la economía digital consiste en la posibilidad de pedir o permitir a un trabajador que desempeñe parte de sus tareas fuera de la oficina e incluso desde su domicilio. La peculiaridad de esta modalidad de trabajo reside en la circunstancia de que puede menoscabar el concepto de lugar de trabajo concreto, como factor pertinente para determinar el Estado miembro que presenta un vínculo más estrecho con la relación laboral. Una persona puede trabajar a distancia desde su ordenador o teléfono en casa o mientras está de viaje, y esa forma de trabajar puede suponer una parte significativa de su actividad laboral. El Tribunal de Justicia tendrá que resolver en el futuro cómo debe tenerse en cuenta esta circunstancia para determinar la legislación de seguridad social aplicable”.

Pues bien, pienso que está llegando la hora de entrar en el fondo del asunto y decidir en el caso del teletrabajo cuál es o debe ser el Estado competente en materia de Seguridad Social y plantear una regulación específica para este tipo de trabajo, máxime cuando la emigración virtual está creciendo exponencialmente. Es hora de proteger al teletrabajador y, al mismo tiempo evitar el dumping social que puede conllevar el teletrabajo. En efecto, los empresarios, si se aplicase literalmente el artículo 11 del Reglamento 883/2004 y se considerase el Estado de residencia como competente por

39. Carrascosa Bermejo, D.: “Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE”, ob. cit.

40. STJUE de 13 de septiembre de 2017, C-570/15, X contra Staatssecretaris van Financiën (ECLI:EU:C:2017:674).

considerarse que es donde se genera el teletrabajo podrían optar, debido a la digitalización, por mano de obra barata con empleo habitual en un Estado con legislación laboral flexible y con unos costes de Seguridad Social muy bajos. Esto sería contrario al enfoque antidumping del artículo 8 del Reglamento Roma I.

Comparto las consideraciones de Vershueren⁴¹: “las normas de conflicto establecidas en los Reglamentos ya no se adaptan a las formas de trabajo híbridas y flexibles. Las nuevas formas de trabajo, de las que el teletrabajo es solo una, ponen en tela de juicio el principio original de las normas de conflicto europeas en materia de Seguridad Social: es decir, el principio del Estado de empleo, que sigue basándose en un lugar de trabajo físico. Es necesario un debate sólido sobre la cuestión de si estas normas de conflicto deben modificarse para adaptarse a esta realidad y, en caso afirmativo, cómo hacerse. Si el legislador europeo no lo hace, probablemente corresponderá al Tribunal de Justicia adaptar la interpretación a las normas actuales. Sin embargo, el Tribunal ha mostrado recientemente su reticencia a interpretar estas normas de conflicto de forma creativa, quizás porque opina que la reinterpretación o reformulación de estas normas corresponde al legislador”.

Por otra parte, quizás deberíamos examinar si el legislador europeo no debería proporcionar al teletrabajador una protección mínima, como en el caso del desplazamiento, con un núcleo duro que debería respetarse independientemente del desde se realice la actividad digital. Además, podría elaborarse una guía específica de la Unión Europea, como la Guía práctica sobre el desplazamiento, para interpretar las disposiciones sobre libre circulación relativas a los teletrabajadores transfronterizos. Tal instrumento no sería vinculante, pero podría orientar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a los Estados miembros. Asimismo, podría actualizarse el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, incorporando disposiciones sobre la legislación laboral aplicable en casos de teletrabajo transfronterizo y sobre el principio de igualdad de trato.

Como señalan Schoukens y Everaert⁴², “es evidente que el teletrabajo no estaba previsto cuando se concibieron los Reglamentos de coordinación, que estaban centrados en el lugar de trabajo para determinar la legislación de seguridad social aplicable. En consecuencia, la cuestión sigue siendo cómo tratar el teletrabajo en el futuro. A estos efectos, aunque también son posibles otros escenarios, podrían adoptarse medidas legislativas y modificarse la normativa de coordinación para reflejar la nueva realidad del teletrabajo”.

B. Recomendaciones

El debate en relación con el teletrabajo transfronterizo y la legislación de Seguridad Social aplicable gira en torno a dos variables: sede de la empresa y domicilio del trabajador

41. Vershueren, H.: “The application of the conflict rules of the European Social Security Coordination to telework during and after the COVID-19 pandemic”, *European Journal of Social Security*, núm. 24, 2022, pp. 79-94.

42. Schoukens, P.; y Gerard, E.: “A reflection on telework in Social Security Coordination”, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, núm. 73, 2023.

o en otros términos, Estado de Empleo *versus* Estado de residencia. La decisión que recaiga implicará una reinterpretación o una modificación del Reglamento 883/2004.

Voy a aportar algunos argumentos en favor de que el Estado y en consecuencia, la legislación competente sea la de la sede de la empresa y no el Estado de residencia del trabajador:

- Sería perjudicial que en una misma empresa existieran trabajadores que cotizasen en el Estado donde está ubicada la Empresa y otros en el Estado de residencia. A este respecto, debe tenerse en cuenta que las cuotas de Seguridad Social del trabajador y del empresario varían de un Estado a otro de manera significativa con lo que, indirectamente, existiría una diferencia salarial neta o una carga mayor o menor, según los casos, para los empresarios. Esto podría conllevar a un cierto *dumping* social porque el empresario podría buscar aquel Estado y legislación que mejor le conviniese y contratar allí teletrabajadores. Quizás deberíamos establecer un principio básico de una empresa, una única legislación, si bien con ciertas matizaciones para tratar casos especiales.
- Continuando con esta argumentación y, *a sensu contrario*, si el teletrabajador reside en un Estado cuyas cuotas de Seguridad Social son más elevadas que las del Estado en que está ubicada la empresa, probablemente el referido trabajador encontraría reticencias por parte del empresario para acogerse a esta forma de trabajo.
- Si se aplicasen las normas de conflictos actuales en relación con la legislación aplicable, con sólo el 25 % de la actividad como teletrabajo podría cambiarse el Estado competente que pasaría del de empleo (sede de la empresa) al de residencia del teletrabajador, con las consiguientes dificultades administrativas. Realmente, esto perjudicaría al teletrabajo porque muchos empresarios ante esta contingencia permitirían teletrabajar menos del 25 % de la actividad. En cambio, si la norma de conflicto se orientase en favor del Estado de empleo donde se ubica la empresa, los empresarios no plantearían problemas, de Seguridad Social, para aceptar el teletrabajo.
- Sería de temer que, dado que el teletrabajo transfronterizo, especialmente el puro, es una actividad, menos fiscalizada que el trabajo presencial, ya que no coinciden teóricamente el Estado donde está ubicada la empresa y el teletrabajador, los controles serían menores y podrían surgir dudas si se trata de trabajadores por cuenta ajena o propia (falsos autónomos). La protección del trabajador disminuiría y hasta podría considerarse esta actividad como dentro de las formas atípicas de trabajo.
- Para evitar la precariedad del teletrabajo, se debe garantizar la afiliación y cotización de los trabajadores en el Estado competente. Muchos empresarios que tuvieran que cotizar en otro Estado (el de residencia del que no conocen la legislación ni las gestiones administrativas, ni en algún caso, el idioma, etc.) se podría optar por incumplir sus obligaciones en materia de Seguridad Social. Esta problemática sería similar a la de los trabajadores temporeros transfronterizos.

- No quiero entrar en profundidad en el Derecho Laboral ni en los problemas que pueden surgir con distintas legislaciones en materia de despido, indemnizaciones, vacaciones, horas extraordinaria, pluses, etc. Todo ello no facilita el teletrabajo digital porque lo normal es que el empresario quiera tener una plantilla a la que se aplica la misma normativa.
- Todo aquello que cohesione una plantilla de trabajadores resultará una mejora de las condiciones de trabajo. Bien es verdad que algunos sectores pueden utilizar más el teletrabajo mientras a otros no les es posible (*teleworkability*). Como consecuencia debería intentarse que aún aceptando la posibilidad de teletrabajo para unos pocos o muchos, se procure una homogeneidad para todos en materias laborales y de Seguridad social. Si una aristocracia del trabajo virtual se separa de una mano de obra física, pueden incrementarse las diferencias lo que conllevará una cohesión social más problemática.

VII. CONCLUSIÓN

Para concluir este trabajo creo que deberíamos examinar con detalle cómo podemos proteger mejor a los teletrabajadores o, lo que es lo mismo, cómo podemos potenciar un teletrabajo que ha venido para quedarse. Ese debe ser el debate a celebrar. La Seguridad Social es un elemento esencial para acelerar y mejorar el teletrabajo o para ralentizarlo u obstaculizarlo.

Recuerdo a Durkheim cuando evocaba que el trabajo físico generaba un frente orgánico de solidaridad entre las clases sociales. Por ello nuestro modesto objetivo debería ser, en lo posible minimizar las diferencias laborales y sociales existentes como consecuencia del teletrabajo.

31

Bibliografía

- Administrative Commission: *Practical guide on the applicable legislation in the European Union (EU), the European Economic Area (EEA) and in Switzerland*, 2013.
- Carrascosa Bermejo, D.: "Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, núm. 2, 2022.
- Contreras Hernández, Ó.: "Desplazamiento de trabajadores y la revisión del Marco Legal Europeo: ¿el principio del fin del *dumping* social y la competencia desleal?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 69, 2021.
- De Pauw, B. y Verschueren, H.: "The Framework Agreement on the Applicable Social Security Law in case of habitual cross-border telework after the pandemic", *ERA Forum*, 2023, 24, <https://doi.org/10.1007/s12027-023-00766-5>.
- Eurofound: *Living, Working and COVID-19*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.
- Eurofound: *The Rise in Telework: Impact on Working Conditions and Regulations*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022.
- European Commission: *Guidelines concerning the exercise of the free movement of workers during COVID-19 outbreak*, [2020] OJ C 102I, 2020.

- European Labour Authority: *Impact of teleworking during the COVID-19 pandemic on the applicable Social Security: overview of measures and/or actions taken in the EU Member States to facilitate a flexible approach to the applicable Social Security of teleworking cross-border workers*, Bratislava, 2021.
- Jorens, Y. y Lhernould, J. P. (eds.): *Think tank report 2008. Towards a new framework for applicable legislation. New forms of mobility, coordination principles and rules of conflict*, trESS, 2008.
- Lhernould, J. P.: "Les enjeux juridiques du télétravail transfrontalier", *Revue de Jurisprudence Sociale*, núm. 7, 2021.
- OECD: *Teleworking in the Covid-19 pandemic: trends and prospects*, Paris, 2021.
- Pazó Argibay, J. M.: "Ley de Seguridad Social aplicable al teletrabajo transfronterizo. Una aproximación al Acuerdo Marco sobre Teletrabajo Transfronterizo en la UE, EEE y Suiza", *Temas Laborales*, núm. 170, 2023.
- Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Los Reglamentos de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2021.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El artículo 138 de la Ley de la Jurisdicción Social: luces y sombras del proceso de movilidad geográfica", *Iuslabor*, núm. 1, 2022.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Recensión de la obra de Giuseppe Ludovico: *Lavori agili e subordinazioni*", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 8, núm. 2, 2023.
- Schoukens, P. y Everaert, G.: "A reflection on telework in Social Security Coordination", *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, núm. 73, 2023.
- Schoukens, P.: "Social Security coordination and non-standard forms of working", *Revue Belge de Sécurité Sociale*, 2019(1).
- Sierra Benítez, E. M.: "Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo: propuesta para un derecho del trabajo consistente (sólido, estable y duradero)", *Ideides*, núm. 20.
- Sostero, M.; Milasi, S.; Hurley, J.; Fernández-Macías, E. y Bisello, M.: *Labour market change. Teleworkability and the COVID-19 crisis: a new digital divide?*, Eurofound Working Paper, 2020.
- Strban, G.; Carrascosa Bermejo, D. y Schoukens, P.: *Analytical report 2018. Social Security coordination and non-standard forms of employment and self-employment: interrelation, challenges and prospects*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.1
- Verschueren, H.: "The application of the conflict rules of the European Social Security coordination to telework during and after the COVID-19 pandemic", *European Journal of Social Security*, núm. 24, 2022.